２０２６年9月１０日

予備　令８－３１

次の【事例】を前提とし、当事者に関する次の１から５までの各記述のうち、判例の趣旨に照らし誤っているものを２個選びなさい。（解答欄は、［№31］、［№32］順不同）

【事例】

Ｘは，法人でない社団であり，団体運営の方法及び財産管理の方法について定めた規約を有しており，Ａを代表者と定めていた。Ｘは，Ｘの構成員でないＹを被告として，Ｙ名義で登記されている甲土地について，Ｘの構成員全員の総有に属することの確認を求める訴え（以下「本件訴え」という。）を提起した。

１．ＡがＸの代表者として本件訴えに係る訴訟を追行するためには，Ｘの規約等により甲土地を処分するのに必要とされる総会の議決等による授権が必要である。

２．本件訴えにおいて，Ｘに当事者能力が認められるためには，Ｘが固定資産ないし基本的財産を有していることが必要である。

３.【事例】とは異なり，Ｘの構成員らが原告となり甲土地がＸの構成員全員の総有に属することの確認を求める訴えを提起し，第一審裁判所が原告らの請求を認容し，控訴裁判所がＹの控訴を棄却し，Ｙが上告したところ，Ｘの構成員らの一部が当該訴えに係る訴訟の当事者となっていないことが判明した。この場合において，上告裁判所は，原判決を破棄し，第一審判決を取り消して，当該訴えを却下することができる。

４.【事例】とは異なり，ＸがＹを被告として，甲土地について，Ａの個人名義への所有権移転登記手続を求める訴えを提起する場合には，Ｘは，当該訴えの原告適格を有する。

５．本件訴えについて，Ｘの請求を棄却する判決が確定した後に，Ｘの構成員全員が原告となり甲土地についてＸの構成員全員の総有に属することの確認を求める訴え（以下「本件後訴」という。）を提起した場合には，本件後訴において，裁判所が，本件訴えの確定判決の既判力の基準時前にＸの構成員全員が甲土地の総有権を取得したことを理由に請求を認容する判決をすることは，本件訴えの確定判決の既判力に抵触しない。

正解５

肢１

訴訟を追行するには，別途，必要です。訴訟の結果による重大な不利益を防止するため，別途，当事者に手続保障が必要。

肢２

原則，当事者能力があるためには，権利能力が必要。しかし，外形上，活動自体がある場合に，全員を当事者にしないといけないのは，問題である。

そこで，代表者があればよい。社会的活動の実体があれば，当事者能力はある。

民事訴訟法 29 条

肢３

当事者適格を欠いていることになる。固有必要的共同訴訟。すべての判決がおかしい。

原判決破棄，第１審取消，不適法却下をすべき。

破棄自判（民事訴訟法第 326 条）

肢４

権利能力なき社団には法人格がないため、不動産登記などの場面では「社団名義」で直接登記することができません。そのため、実務上は「代表者個人の名義（または代表者であることを示す肩書を付した名義)」で登記する。

権利保全のために，X に原告適格を認めるべき。

肢５

本件訴えで，Xの構成員全員の総有に属することの確認を求める訴えで棄却ということは，総有がないことが確定している。

その後，本件後訴において，裁判所が，本件訴えの確定判決の既判力の基準時前にXの構成員全員が甲土地の総有権を取得したことを理由に請求を認容する判決をすることは，既判力に抵触する。

既判力の時的限界の問題。紛争の蒸し返しなる。

予備　令８－３２

共同訴訟に関する次の１から５までの各記述のうち，判例の趣旨に照らし正しいものはどれか。（解答欄は，［№33］）

１．Ｘが所有する土地上に建物を共有するＹ１及びＹ２を共同被告として，Ｘが建物収去土地明渡しを求める訴えを提起した場合において，Ｙ１及びＹ２に訴訟代理人がなく，これらの訴えに係る訴訟の係属中にＹ１が死亡したときは，当該訴訟手続は，Ｙ１及びＹ２のいずれについても中断する。

２．Ｘは，主債務者Ｙ１とその連帯保証人Ｙ２を共同被告として，Ｙ１に対して貸金の返還を求める訴えを，Ｙ２に対して保証債務の履行を求める訴えを提起した。これらの訴えに係る訴訟において，Ｙ１が既に当該貸金債権が時効により消滅したと主張した場合には，Ｙ２が何らの防御の方法も提出せず，Ｙ１がＹ２に補助参加していなくても，裁判所は，当該貸金債権の時効による消滅を基礎付ける事実が認められるとの心証に至ったときは，当該時効による消滅を理由として，ＸのＹ２に対する請求を棄却する旨の判決をすることができる。

３．Ｘは，強風により剥がれて飛ばされた建物の屋根の一部に当たり傷害を負ったと主張して，当該建物の所有者Ｙ１及びその占有者Ｙ２を共同被告として，土地の工作物の設置の瑕疵を理由とする損害賠償を請求する訴えを提起した。これらの訴えに係る訴訟の第一審において，Ｘが同時審判の申出をし，第一審裁判所がＹ１及びＹ２に対する請求をいずれも全て認容する判決をした場合において，Ｙ１が適法に控訴したときは，Ｙ２についても当該判決の確定が遮断される。

４．Ｘは，Ｙ１の運転する自動車に同乗していたところ，Ｙ２の運転する自動車との間の交通事故により傷害を負ったと主張して，Ｙ１及びＹ２を共同被告として，不法行為に基づく損害賠償を請求する訴えを提起した。これらの訴えに係る訴訟において，裁判所が，Ｙ１が提出した証拠により，Ｙ２が主張しているＹ２に有利な事実を認定するには，Ｙ２からも証拠申出をしなければならない。

５．土地を共有するＸ１，Ｘ２及びＸ３が，当該土地の登記名義人であるＹを被告として，当該土地がＸ１，Ｘ２及びＸ３の共有に属することの確認を求めて訴えを提起した場合において，Ｘ１及びＸ２が訴えの取下げをし，Ｙがこれらの取下げに同意したときに，Ｘ３が訴えの取下げをしていなければ，当該Ｘ１及びＸ２の訴えの取下げは効力を生じない。

正解　５

肢１

判例（最高裁昭和 43 年 3 月 15 日判決など）は、建物収去土地明渡請求の訴えについて、「不可分債務ではあるが、固有必要的共同訴訟ではない（＝通常共同訴訟である）」

実体法上，合一確定の必要ない。ばらばら進行できる。Y2 は中断しない。

肢２

通常共同訴訟における主張独立の原則ですね。弁論主義第１テーゼで主張がないと判決の基礎にはできません。

主債務を連帯保証債務は，実体法上，合一確定の必要なし。

肢３

同時審判はあくまでも通常共同訴訟。

不当な両負けの防止が趣旨なので，両方とも請求認容もありえる。

その後，矛盾を防止するために，遮断するべきか。そもそも，矛盾しないように同時審

判をしたため。

しかし，あくまでも当事者の意思を尊重。また，通常共同訴訟。

審級に関しては及ばない。確定は遮断されない。

なお，控訴審の当時者は，Y1,X のみであり，Y2 は関係ない。この点においても，必要に応じて Y2 は争う機会があるので，当事者の意思が尊重される。

肢４

通常共同訴訟は，証拠共通の原則がはたらく，主張とは異なる。

弁論が１つである以上，得られる心証が１つだから。

証拠の申出は不要

肢５

共有権の確認なので固有必要的共同訴訟，原告全員の意思がないと勝手に終わらせることはできない。

全員の利益は共通だが，そうでない場合は，各々続きがいる。

取下げされると終局的な解決効が得られない。再訴の危険もある。

という意味において，利益になるとはいない。

40 条１項

予備　令８－３３

訴訟参加に関する次のアからオまでの各記述のうち，判例の趣旨に照らし誤っているものを組み合わせたものは，後記１から５までのうちどれか。（解答欄は，［№34］）

ア．当事者が補助参加の申出について異議を述べた場合において，補助参加を許す旨の裁判が確定するまでの間は，補助参加人は，訴訟行為をすることができない。

イ．補助参加人は，被参加人が再審の訴えを提起することができる場合においても，再審の訴えを提起することができない。

ウ．補助参加人は，被参加人が口頭弁論の期日に欠席した場合においても，当該口頭弁論の期日において，訴訟行為をすることができる。

エ．訴訟の係属中，適法に訴訟告知を受けた者は，当該訴訟に参加することができる第三者に対し，更に訴訟告知をすることができる。

オ．第一審において補助参加をした補助参加人は，その控訴審において，改めて補助参加の申出をしなくても，訴訟行為をすることができる。

１．ア　イ　　２．ア　エ　　３．イ　ウ　　４．ウ　オ　　５．エ　オ

正解　1

肢ア　×

民事訴訟法第 43 条第 2 項により、補助参加の申出について異議が述べられた場合でも、補助参加を許す旨の裁判が確定するまでの間、補助参加人は訴訟行為をすることができる。

当事者から見ると，法律上の利害関係があっても異議を述べるケースもありえます。その都度，必要な主張ができないと参加者に不利。当事者は，自分の主張をしっかりすれば，第三者の主張を制限できるので法的な不利益はない。よって，参加人は，確定前でも訴訟行為はできる。

肢イ　×

判例（最高裁昭和 45 年 11 月 17 日第三小法廷判決等）によると、補助参加人は、被参加人のために上訴、再審の訴えなどの訴訟行為をすることができるため、「再審の訴えを提起することができない」とするこの記述は誤っている。

確かに，参加人は当事者ができる一切の訴訟活動ができる。したがって，再審もできそう。もっとも，非参加人は第三者。当事者の意思が特に重視されるものは制限されるべきでは。不都合，当事者が非常救済できる手段が取れるのにしないことによって法律上の不利益を被っている。参加的効力。これを止められるのであれば，参加人であっても保護すべき。原則通り，再審も参加人が行える。当事者の保護は，再審の手続中で図られる。

肢ウ　○

補助参加人は被参加人を補助する立場にあるため、被参加人が期日に欠席した場合であっても、自ら適法な訴訟行為（弁論など）を行うことができる。したがって、この記述は正しい。

法律上の利害関係があるので熱心な訴訟活動が期待できる。参加人は，当事者の主張がすべてできる。実際，当事者も参加人がいるので安心して欠席している可能性もある。

肢エ　○

巻き込まれる人間から見ると，自分だけだと不公平だと感じる場合は，さらに自分のために巻きこむ動機もあるし，必要性はあります。だから，制度が用意されています

民訴 53

肢オ　○

別途しなければいけないというのは，手続迂遠ですし。法律上の利害関係があることを考えれば手続保障は厚くすべきです。利用しやすい制度にしないと利用者に不利益が生じる。

予備　令８－３４

Ｘは，Ｙに対し，１０００万円を貸し付けたと主張し（以下，Ｘ主張の貸付けに係る貸金返還請求権を「甲債権」という。），一部請求であることを明示して，消費貸借契約に基づく貸金返還請求として７００万円の支払を求める訴えを提起した。これに対し，Ｙは，請求棄却の判決を求め，当該貸付けの事実を否認するとともに，Ｘに対して７００万円の不当利得返還請求権を有しているとして（以下，Ｙ主張の不当利得返還請求権を「乙債権」という。），これを自働債権とする相殺の抗弁を主張した。この事例に関する次のアからオまでの各記述のうち，判例の趣旨に照らし正しいものを組み合わせたものは，後記１から５までのうちどれか。（解答欄は，［№35］）

ア．裁判所は，甲債権の額が１０００万円であり，乙債権の額が７００万円であると認定した上で，甲債権及び乙債権が相殺により対当額で消滅し，乙債権は消滅し，甲債権の残存額が３００万円であるとして，Ｘの請求について，３００万円の支払を求める限度で認容し，その余の請求を棄却する判決をし，同判決は，確定した。この場合において，甲債権に関しては，３００万円の存在及び７００万円の不存在について既判力が生ずる。

イ．裁判所は，甲債権の額が１０００万円であり，乙債権の額が７００万円であると認定した上で，甲債権及び乙債権が相殺により対当額で消滅し，乙債権は消滅し，甲債権の残存額が３００万円であるとして，Ｘの請求について，３００万円の支払を求める限度で認容し，その余の請求を棄却する判決をし，同判決は，確定した。この場合において，乙債権に関しては，７００万円の不存在について既判力が生ずる。

ウ．裁判所は，甲債権の額が１０００万円であり，乙債権の額が３００万円であると認定した上で，甲債権及び乙債権が相殺により対当額で消滅し，乙債権は消滅し，甲債権の残存額が７００万円であるとして，Ｘの請求を全部認容する判決をし，同判決は，確定した。この場合において，甲債権に関しては，７００万円の存在について既判力が生ずる。

エ．裁判所は，甲債権の額が１０００万円であり，乙債権の額が３００万円であると認定した上で，甲債権及び乙債権が相殺により対当額で消滅し，乙債権は消滅し，甲債権の残存額が７００万円であるとして，Ｘの請求を全部認容する判決をし，同判決は，確定した。この場合において，乙債権に関しては，既判力が生じない。

オ．裁判所は，甲債権の額が７００万円であり，乙債権の額が３００万円であると認定した上で，甲債権及び乙債権が相殺により対当額で消滅し，乙債権は消滅し，甲債権の残存額は４００万円であるとして，Ｘの請求について，４００万円の支払を求める限度で認容し，その余の請求を棄却する判決をし，同判決は，確定した。この場合において，乙債権に関しては，７００万円の不存在について既判力が生ずる。

１．ア　エ　２．ア　オ　３．イ　ウ　４．イ　エ　５．ウ　オ

正解　５

肢ア　×

一部請求の場合，訴訟物は７００万円，特定された範囲。

相殺が認められ場合，外側説，１０００万円で減額判断されるが，審判の対象はあくまでも訴訟物７００万円の範囲。

したがって，３００万円の存在には既判力は生じない。

肢イ　×

訴訟物は，あくまでも７００万円。

３００万は請求されていないので，裁判所は判断してはいけない。

判決を出すことができないので，誤り。

肢ウ　○

相殺の３００万は，外側説。

１０００－３００＝７００

７００万が訴訟物。したがって，請求された７００万について既判力が生じる。

肢エ　×

１１４条２項で，相殺で主張された３００万円についても例外的に既判力が生じることになる。

肢オ　○

甲債権 700 万，乙債権 300 万。

訴訟物全体について判断。甲 700，乙 700

甲債権，400 万については，請求認容。その余は棄却。

乙債権　300 万円ついては，相殺により消滅，400 万円は，請求棄却による消滅

相殺の理由による消滅か否かは，区別しない。単に消滅と認定すれば紛争解決できるから。技巧的にわけない。したがって，700 万の不存在に既判力が生じる。